¿SE PUEDE NEGOCIAR COLECTIVAMENTE A NIVEL DESCENTRALIZADO? A PROPÓSITO DE LA MEDIDA CAUTELAR QUE ORDENA LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ARTÍCULO 10.1 DEL D. S. 008-2022-PCM – LINEAMIENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 31188, LEY DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR ESTATAL

José María Pacori Cari[*]

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú; Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia. Miembro de Pleno Derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal

Se han emitido comunicados del SERVIR que han llevado a interpretar, erróneamente, la suspensión de los procedimientos de negociación colectiva estatal a nivel descentralizado; sin embargo, a partir de este informe acreditaremos que la negociación colectiva a nivel descentralizado continúa en las diversas entidades públicas a nivel nacional.

1. ANTECEDENTES

Cronológicamente, estos son los hechos jurídicos que debe de tomar en cuenta para comprender la situación de la negociación colectiva en el Sector Estatal.

1.1. Con fecha 02 de mayo de 2021, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley 31188 – Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal -.

1.2. Con fecha 20 de enero de 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo 008-2022-PCM – Lineamientos para la implementación de la Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal.

1.3. Con fecha 19 de mayo de 2022 se emite la Resolución Uno en el Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 (Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT – Corte Superior de Justicia de Lima) que admite a trámite la demanda de acción popular interpuesta por LUIS FERNANDO CALDERÓN VARGAS contra la PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, representado por la PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN MATERIA CONSTITUCIONAL.

1.4. Con fecha 01 de agosto de 2022, se emite Sentencia en el Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 que resuelve

"1. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por LUIS FERNANDO CALDERON VARGAS contra la PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, al haberse acreditado la vulneración de diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política del Perú. 2. SE DECLARA LA NULIDAD del siguiente apartado normativo objeto de la demanda: a) El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022 -PCM, con relación a la legitimidad de

[*] El autor es abogado especialista en Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social en el Perú, puede contactarlo en corporacionhiramservicioslegales@hotmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

las organizaciones sindicales dentro del procedimiento de negociación colectiva a nivel descentralizado. 3. ORDENAR EXPRESAMENTE que la entidad demandada proceda a realizar las presentes acciones normativas: a) Emitir un nuevo reglamento a través del cual se permita que las organizaciones sindicales minoritarias puedan participar de la negociación colectiva en el procedimiento de negociación colectiva descentralizada. 4. ABONAR el pago de costos procesales, los cuales se determinarán dentro de la etapa de ejecución de sentencia. Sin costas procesales. 5. DECLARAR INFUNDADA la impugnación de los siguientes apartados normativos: a) El artículo 9.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM , con relación a la modalidad de procedimiento de negociación colectiva, a nivel centralizado y descentralizado. b) El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PC M, sobre la legitimidad de las organizaciones sindicales dentro del procedimiento de negociación colectiva a nivel centralizado. c) El literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, respecto a la vigencia en el tiempo de las cláusulas no permanentes. 6. DECLARAR INFUNDADO la declaración de efectos retroactivos respecto a las normas impugnadas; precisando que los efectos de la presente inconstitucionalidad se sujetarán a los procesos administrativos posteriores al consentimiento del presente proceso".

1.5. Con fecha 11 de agosto de 2022, se concede recurso de apelación en contra de la Sentencia en el Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 a favor de la Procuraduría Pública Especializada en materia Constitucional.

1.6. Con fecha 19 de agosto de 2022 se informa que el Expediente se envió fuera de la Sede. Con fecha 01 de setiembre de 2022 se emite la Resolución s/n en el cuaderno cautelar del Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 que resuelve

"CONCEDER la medida cautelar innovativa de ejecución anticipada a favor del solicitante; por consiguiente, se ORDENA la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de enero de 2022".

1.7. Con fecha 17 de febrero de 2023, se publicó el Comunicado 002-2023 por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) – Sobre los efectos de la medida cautelar que suspende la eficacia del numeral 10.1 de los Lineamientos de la Ley 31188 –

1.8. Con fecha 02 de marzo de 2023 se publicó el Comunicado 003-2023 por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) – Sobre los efectos de la medida cautelar que suspende la eficacia del numeral 10.1 de los Lineamientos de la Ley 31188 – que precisa lo indicado en el Comunicado 002-2023.

1.9. Con fecha 03 de marzo de 2023 se emite la Resolución 07 en el Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 que resuelve

"INFUNDADA LA OPOSICIÓN, presentado por la parte demandada contra el Auto de fecha 01 de setiembre de 2022, conforme a los fundamentos señalados en la presente resolución. PROSIGA LA CAUSA CONFORME A SU NATURALEZA PROCESAL, esto es, la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de enero de 2022".

2. ¿EN QUÉ CONSISTE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN POPULAR EXISTENTE EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA RESPECTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR ESTATAL?

El proceso constitucional de acción popular tiene por objeto realizar un control constitucional y legal de las normas reglamentarias que contraviene la Constitución o la Ley.

2.1. En el proceso de acción popular, Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 (Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT – Corte Superior de Justicia de Lima), se ha planteado como pretensión de la demanda

"don LUIS FERNANDO CALDERON VARGAS interpone demanda de acción popular contra la PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, a fin que este Colegiado Superior declare lo siguiente: a) Determinar la nulidad e inconstitucionalidad de los artículos 9.1, 10.1 y el literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 0 08-2022-PCM. B) Ordenar los efectos retroactivos respecto a la nulidad formulada".

2.2. Como consecuencia de esta demanda, se emite Sentencia de primera instancia en el Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 que resuelve

"1. Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda interpuesta por LUIS FERNANDO CALDERON VARGAS contra la PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, al haberse acreditado la vulneración de diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política del Perú. 2. SE DECLARA LA NULIDAD del siguiente apartado normativo objeto de la demanda: a) El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022 -PCM, con relación a la legitimidad de las organizaciones sindicales dentro del procedimiento de negociación colectiva a nivel descentralizado. 3. ORDENAR EXPRESAMENTE que la entidad demandada proceda a realizar las presentes acciones normativas: a) Emitir un nuevo reglamento a través del cual se permita que las organizaciones sindicales minoritarias puedan participar de la negociación colectiva en el procedimiento de negociación colectiva descentralizada".

2.3. En el último párrafo del considerando trigésimo tercero de esta Sentencia se indica

"Entonces se podrá advertir que la aplicación estricta o literal del artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, con relación a lo establecido en el artículo 9.1., si podrá afectar el derecho constitucional a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva de los sindicatos minoritarios; en cuanto que impediría a los sindicatos minoritarios a acceder a una negociación colectiva o existir la posibilidad que estos organismos sindicales puedan acceder a posibilidades de negociación dentro de la administración pública (relacionadas con las cláusulas normativas u obligacionales), bajo una limitación organizacional que no prohíbe la propia Ley N° 31188 (al no impedir que las organizaciones sindicales minoritarias puedan acceder a una negociación colectiva descentralizada)".

2.4. El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022 -PCM (que se declara nulo por sentencia) indica lo siguiente

"10.1.1. La mayor representatividad de las organizaciones sindicales se entiende respecto de aquella organización sindical, o coalición de las organizaciones sindicales inscritas en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos, que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo acrediten contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende dicho ámbito de negociación, en cuyo caso los acuerdos arribados rigen para todos los servidores públicos comprendidos en el ámbito de la negociación. 10.1.2. Las organizaciones sindicales de grado superior pueden participar en condición de asesoras de las organizaciones de grado inferior a fin de brindarles orientación técnica con relación

al procedimiento y materias contenidas en el proyecto de Convenio Colectivo, sin tener derecho a ejercer representación, adoptar acuerdos o rechazar propuestas."

De esta manera, el proceso de acción popular que se sigue ha obtenido por sentencia la posibilidad que los sindicatos minoritarios pueden participar en la negociación colectiva descentralizada.

3. ¿CUÁLES SON LAS IMPLICANCIAS QUE TENDRÁ LA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA A FAVOR DEL DEMANDANTE EN EL ACTUAL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

El pedido de medidas cautelares en el proceso constitucional de acción popular es posible conforme al Nuevo Código Procesal Constitucional:

3.1. La Resolución s/n, en el cuaderno cautelar, del Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 que concede medida cautelar indica

"CONCEDER la medida cautelar innovativa de ejecución anticipada a favor del solicitante; por consiguiente, se ORDENA la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM publicado en el Diario Oficial El Peruano el 20 de enero de 2022".

3.2. Lo indicado es conforme al artículo 93 del Nuevo Código Procesal Constitucional que indica

"Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento".

3.3. De la lectura de la decisión cautelar se tiene que la medida cautelar en ningún momento ha dispuesto la suspensión de las negociaciones colectivas a nivel descentralizado, por lo que no se podría extender los efectos de esta medida cautelar a supuestos de hecho que no han sido materia de pronunciamiento por parte del órgano judicial.

4. ¿LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PODRÁ SUSPENDERSE HASTA LA EMISIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO?

No, por cuanto la medida cautelar concedida no suspende la tramitación de los procedimientos de negociación colectiva, solo suspende la eficacia del artículo 10.1 del Decreto Supremo 008-2022-PCM, por lo tanto, los procedimientos de negociación colectiva estatal a nivel descentralizado deben continuar en sus etapas de trato directo, conciliación, mediación y arbitraje.

5. ¿QUÉ SIGNIFICARÍA LA SUSPENSIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL DESCENTRALIZADO? ¿NO SE PODRÁN CONSEGUIR MEJORAS A NIVEL SALARIAL Y CONDICIONES DE TRABAJO?

En el supuesto negado que se suspendan las negociaciones colectivas a nivel descentralizado, implicaría la imposibilidad de realizar reuniones de trato directo, por lo que no se podrían negociar incrementos remunerativos ni condiciones de trabajo; sin embargo, esto no afectaría a los procesos arbitrales en trámite, puesto que esta es una jurisdicción independiente.

6. ¿ESTANDO A LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ARTÍCULO 10.1 DEL DECRETO SUPREMO 008-2022-PCM COMO SE DEBE CONTINUAR CON LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DESCENTRALIZADAS?

6.1. Con la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del Decreto Supremo 008-2022-PCM, en las entidades públicas donde no existan sindicatos minoritarios, los sindicatos deben continuar negociando con normalidad con las entidades públicas, transitando por las etapas que correspondan; en el caso, de entidades públicas donde existan sindicatos minoritarios a la par que sindicatos mayoritarios, la entidad pública deberá de observar, entre otras disposiciones, lo indicado por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03655-2011-PA/TC que en sus fundamentos 15 y 16 indica lo siguiente

"Todo ello es así a fin de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, confiando determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios. De esta manera, la institución de la "mayor representatividad sindical" aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical; y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los intereses de los trabajadores".

6.2. Asimismo, en el fundamento 18 de la STC indicada se establecen los deberes del sindicato mayoritario respecto del sindicato minoritario

"Ahora bien, lo afirmado no supone que los sindicatos minoritarios, desconociendo el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico, pretendan negociar individualmente y en forma directa al margen del sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores, quebrando con ello este principio, pudiendo generar una menor efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores y afectando la unidad sindical; sino que, dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deben ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, integrándose en forma activa en la negociación que lleve a cabo el sindicato mayoritario. Esto obviamente ocurrirá según el libre acuerdo con que los sindicatos mayoritarios y minoritarios establezcan como mecanismo más idóneo de participación mutua, ello a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del sindicato minoritario. El sindicato mayoritario, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas".

7. ¿CUÁL ES EL ESTADO ACTUAL DEL PROCESO JUDICIAL PRINCIPAL? ¿SE PODRÁ RECURRIR AL TC?

7.1. Actualmente, el proceso principal del Expediente 00060-2022-98-1801-SP-LA-08 se encuentra en apelación al haberse concedido recurso de apelación a la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, con envío a la Corte Suprema (Sala de Derecho Constitucional y Social) quien resolverá la apelación, debe tenerse en cuenta que no procede recurso de casación en el proceso constitucional de acción popular; en el cuaderno cautelar, se ha declarado infundada la oposición a la medida cautelar presentada por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

7.2. Al ser un proceso constitucional de acción popular, no culmina en el Tribunal Constitucional, sino en la Corte Suprema, conforme al Nuevo Código Procesal Constitucional.

8. ¿POR QUÉ SERVIR EMITIÓ UN COMUNICADO EN EL QUE SEÑALA LA EXISTENCIA Y VIGENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR?

8.1. El 17 de febrero de 2023, se emite el Comunicado 002-2023 del SERVIR que indica

"Se encuentra vigente la medida cautelar concedida por la Octava Sala Laboral Permanente de Lima (Expediente Nº 00060-2022-98-1801-SP-LA-08), seguido en un proceso constitucional de acción popular, por lo cual sus efectos resultan de aplicación general. La citada medida cautelar, suspende la eficacia del numeral 10.1 del artículo 10 de los Lineamientos de la Ley N° 31188, aprobados por Decreto supremo Nº 008-2022-PCM, sobre la legitimidad para negociar a nivel descentralizado por parte de los servidores públicos. ***Dicha suspensión aplica a los procedimientos de negociación colectiva a nivel descentralizado en el Sector Estatal cuyos proyectos de convenio colectivo se hubiesen presentado a partir del 01 de noviembre de 2022****" (el resaltado es nuestro).*

8.2. Una lectura simple podría llevarnos a interpretar que los procedimientos de negociación colectiva a nivel descentralizado se han suspendido; sin embargo, se indica que la suspensión dispuesta por resolución judicial se aplica a los procedimientos, suspensión que se refiere al artículo 10.1 del Decreto Supremo 008-2022-PCM en los términos indicados en la sentencia sobre el derecho a la negociación de los sindicatos minoritarios.

8.3. Con relación a lo indicado, el 02 de marzo de 2023 se emite el Comunicado 003-2023 que indica

"En el Comunicado Nº 002-2023, indicamos que se encuentra vigente la medida cautelar concedida por la Octava Sala Laboral Permanente de Lima (Expediente Nº 00060-2022-98-1801-SP-LA-08), seguido en un proceso constitucional de acción popular, por lo cual sus efectos resultan de aplicación general. Asimismo, se señaló que la citada medida cautelar, suspende la eficacia del numeral 10.1 del artículo 10 de los Lineamientos de la Ley N° 31188, aprobados por Decreto supremo Nº 008-2022-PCM, sobre la legitimidad para negociar a nivel descentralizado por parte de los servidores públicos. ***En ese sentido, se reitera que sólo se encuentra suspendida la eficacia del numeral 10.1 del artículo 10 de los Lineamientos de la Ley Nº 31188, más no así los procedimientos de negociación colectiva a nivel descentralizado en el Sector Estatal cuyos proyectos de convenio colectivo se hubiesen presentado a partir del 01 de noviembre de 2022****".*

8.4. Conforme a lo indicado, el SERVIR ha comunicado que los procedimientos de negociación colectiva a nivel descentralizado estatal deben continuar pese a la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del artículo 10 del Decreto Supremo 008-2022-PCM.

9. ¿QUÉ PAPEL CUMPLE SERVIR EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Al ser el ente rector del Sistema Nacional de Recursos Humanos, no solo se ocupa de los derechos individuales de los servidores públicos, sino de sus derechos colectivos como es la negociación colectiva, por lo tanto, se debe de estar a los comunicados, informes u opiniones que se emitan en materia de negociación colectiva durante el desarrollo de la negociación, salvo que el sindicato recurra al Poder Judicial o Arbitraje para cuestionar las decisiones que pudiera emitir el SERVIR.

Lima, 09 de marzo de 2023

Citar artículo

Pacori Cari, José María (2023). ¿Se puede negociar colectivamente a nivel descentralizado? A propósito de la medida cautelar que ordena la suspensión de la eficacia del artículo 10.1 del D. S. 008-20222-PCM – Lineamientos para la implementación de la Ley 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen V, Marzo 2023, pp. 17-22. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.